Zur

Interpretation des § 244

der

Reichsstrafprozessordnung.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität

Erlangen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Julius Rheinheimer

Rechtspraktikant in Kaiserslautern.

Kaiserslautern.
Buchdruckerei Heinr. Köhl.
1895.

Zur

Interpretation des § 244

der

Reichsstrafprozessordnung.

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät der Universität

Erlangen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Julius Rheinheimer

Rechtspraktikant in Kaiserslautern.

Kaiserslautern.
Buchdruckerei Heinr. Köhl.
1895.

Seinen lieben Eltern

gewidmet

Vom Verfasser.

Inhalt.

I.

Entstehungsgeschichte des § 244 R.-Str.-P.-O.

II.

Interpretation.

		Seite
§ 1.	Vorgeladene Zeugen	10
§ 2.	Vorgeladene Sachverständige	21
§ 3.	Was gehört zu den Beweismitteln im Sinne des § 244?	24
§ 4.	Welche Beweismittel sind herbeigeschaffte Beweismittel nach § 244?	25
§ 5.	Sind Protokolle über die kommissarische Vernehmung eines Zeugen Beweismittel nach § 244?	32
§ 6.	Von der Erhebung einzelner Beweise kann abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte hiermit einverstanden sind	36
§ 7.	Wie verhält es sich mit der Beweisaufnahme, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung ein Geständnis ablegt? . . .	43
§ 8.	Findet § 244 Anwendung, wenn auf Grund einer Vorfrage das Verfahren ohne Eingehen auf den Schuldbeweis beendet werden kann?	45
§ 9.	2. Absatz des § 244	48
§ 10.	Schluss	49

Litteratur.

Hahn, die gesamten Materialien zur R.-Str.-P.-O.
Dalcke, Kommentar zur Reichsstrafprozessordnung.
Bomhardt und **Koller**, Kommentar zur Reichsstrafprozessordnung.
Puchelt, Kommentar zur Reichsstrafprozessordnung.
Stenglein, Kommentar zur Reichsstrafprozessordnung.
Löwe, Kommentar zur Reichsstrafprozessordnung.
John, Kommentar zur Reichsstrafprozessordnung.
Voïtus, Kontroversen.
Goltdammer, Archiv für Strafrecht, B. 28 und 36.
Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Kempner, Berlin.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Rupp, Beweis im Strafverfahren.
Bennecke, Strafprozessrecht.

Abkürzungen:

E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
R. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535724_0048

I.

Entstehungsgeschichte des § 244 Str.-P.-O.*)

Der dem Reichstage vorgelegte Entwurf einer Strafprozessordnung bestimmte in § 207: „Den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt das Gericht, ohne hiebei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein". Die Motive des Entwurfs (Seite 137 ff.) begründen diesen § mit folgenden Ausführungen: „Der Satz, dass das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt, ohne hiebei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein, findet seine Rechtfertigung einerseits in dem im § 135 ausgesprochenen Grundsatz, wonach die Gerichte innerhalb der durch die Klage gezogenen Grenzen zu einer selbständigen Thätigkeit berechtigt und verpflichtet sind, andrerseits in der Vorschrift des § 223, welcher den Gegenstand der Urteilsfindung näher bestimmt und es muss daher auf die Begründung dieser Paragraphen verwiesen werden. Die Bestimmung des § 207 hat unter Anderm die wichtige Folge, dass in der Hauptverhandlung auch solche Personen, welche von dem Vorsitzenden oder der Staatsanwaltschaft geladen sind, unvernommen entlassen werden können, wenn sich von ihren Aussagen nach dem

*) Die gesamten Materialien zur Str.-P.-O., herausgegeben von C. Hahn B. 1 und 2.

Ergebnis der Hauptverhandlung ein näherer Aufschluss nicht erwarten lässt, wie andrerseits wiederum auch solchen Beweisanträgen in der Hauptverhandlung stattgegeben werden kann, welche schon früher gestellt, aber abgelehnt waren".

Der Entwurf einer Str.-P.-O. wurde mit dem gleichzeitig dem Reichstage vorgelegten Entwurf eines Einführungsgesetzes zu derselben am 26. November 1874 zufolge Abstimmung am Schlusse der ersten Lesung über die beiden Entwürfe derselben Kommission von 28 Mitgliedern überwiesen, welche bereits früher mit der Vorberatung über das G.-V.-G. und das Einführungsgesetz zu derselben betraut war. In dieser Kommission nun stiess der § 207 auf lebhaften Widerspruch. Besonders erachtete man es im Hinblick auf die völlige Beseitigung der Berufung, wie sie der Entwurf wollte, für bedenklich, dem Gerichte eine so grosse diskretionäre Gewalt in Bezug auf die Bestimmung des Umfanges der Beweisaufnahme einzuräumen. In der am 10. Juli 1875 stattgehabten 59. Sitzung, in welcher unser Paragraph zum ersten Male zur Beratung stand, wurden denn auch verschiedene Abänderungsanträge gestellt. Der vom Abgeordneten Dr. Schwarze ausgehende Antrag lautete: „Die Beweisaufnahme ist auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen, sowie auf die sonstigen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken. Es können jedoch im Laufe der Verhandlung der Staatsanwalt und der Angeklagte Beweismittel fallen lassen, wenn der Gegner und das Gericht hiermit einverstanden sind".

In dieser Sitzung führte Abg. Reichensperger unter Anderem aus: Die Bestimmung des Umfanges der Beweisaufnahme würde durch § 207 in ungebühr-

licher Weise ausschliesslich dem Gerichte überlassen. Letzteres solle nicht einmal Gründe für seine Bestimmung angeben müssen, damit sei jede Nachprüfung von Seiten des höchsten Gerichtshofes ausgeschlossen. Durch § 183 (jetzt § 219) Str.-P.-O. sei ein Hauptfehler des preussischen Kriminalprozesses beseitigt worden. Durch § 207 werde jenes dem Angeklagten eingeräumte Recht annulliert und derselbe nur in Kosten gestürzt. Denn das Gericht dürfe die vom Angeklagten unter Kostenaufwendung geladenen Zeugen unvernommen nach Hause schicken. Im Civilprozess habe das Gericht nicht die ihm durch § 207 des Entwurfs eingeräumte Befugnis, im Strafprozess, in welchem es sich um viel höhere Güter handle, dürfe man sie um so weniger geben.

Abg. Dr. Völk glaubt, es lasse sich nicht rechtfertigen, dass die Richter, wenn sie ein Faktum für hinreichend klar gestellt erachten, nun weitere Beweisaufnahme abschnitten und die Geschworenen zur Beratung schickten. Denn die Richter könnten nicht wissen, ob und wie weit für die Begründung der Ueberzeugung der Geschworenen die in Frage kommenden Thatsachen nicht doch von Erheblichkeit seien. — Neben diesem formellen Grunde stehe der materielle, den Abgeord. Reichensperger gegen den § 207 bereits angeführt habe.

Das Ganze in der Vorverhandlung beigebrachte Material müsse womöglich in der Hauptverhandlung vorgeführt werden. Dies habe eine grosse psychologische Bedeutung. Nicht nur darauf, dass eine Verurteilung des Schuldigen herbeigeführt werde, komme es an, sondern auch darauf, dem Schuldigen durch die Verhandlung eine Ueberzeugung davon beizubringen, dass er überführt sei, und dass ihm Recht

geschehe. Solange aber auch nur ein ganz irrelevanter Entlastungszeuge unvernommen bleibe, könne der Angeklagte sich einreden, er sei nicht gerecht behandelt. Eine turba testium sei nicht zu befürchten, einmal weil der Angeklagte die vom Gericht nicht für erheblich erachteten Zeugen auf eigene Kosten laden müsse, sodann weil derselbe durch Produktion mehrerer Zeugen, die nichts Erhebliches wissen, nur seiner eigenen Sache schade. Ausserdem sei es besser, eine zu ausgedehnte Beweisaufnahme zu riskieren als die Möglichkeit der Abschneidung erheblicher Zeugen zu geben. Es sei mitunter die Relevanz einer Thatsache nur im Zusammenhange mit vielen andern Indicien darzuthun.

Schliesslich wurde der oben angeführte Antrag des Abgeordneten Dr. Schwarze angenommen. In der 130. Sitzung der Kommission teilte der Direktor im Reichskanzleramt von Ansberg einem in der vorhergehenden Sitzung geäusserten Wunsche entsprechend mit, dass die von der Kommission beschlossene Aenderung des § 207 für das Verfahren 1. Instanz vor dem Landgerichte, vor dem Schwurgerichte und vor dem Reichsgerichte vom Bundesrat nicht beanstandet worden sei. Was das Verfahren vor den Schöffengerichten betreffe, so habe der Bundesrat beschlossen, dass das Schöffengericht stets den Umfang der Beweisaufnahme bestimmen soll unabhängig von Anträgen, Verzichten und früheren Beschlüssen.

In der 149. Kommissionssitzung, als § 207 in 2. Lesung beraten wurde, beantragte Abgeord. v. Puttkamer diesen § in folgender Fassung anzunehmen:

„Den Umfang der Beweisaufnahme bestimmt das Gericht, ohne hiebei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein.

In den Sachen, welche vor den Landgerichten in erster Instanz, vor den Schwurgerichten oder vor dem Reichsgerichte verhandelt werden, ist die Beweisaufnahme auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen, sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken. Von der Erhebung einzelner Beweise kann jedoch abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte sowie das Gericht hiermit einverstanden sind".

Der Antragsteller erklärte hiezu, er wolle in Bezug auf die Vorschrift, dass die Beweissaufnahme auf sämtliche Beweismittel sich zu erstrecken habe, dem Beschlusse erster Lesung dahin entgegenkommen, dass er denselben für das Reichsgericht, die Schwurgerichte und die landgerichtlichen Straffälle nicht bemängele. Nachdem man jedoch gegen schöffengerichtliche Urteile die Berufung eingeführt, eine Ergänzung der Beweisaufnahme in 2. Instanz hier mithin nachgeholt werden könne, halte er die Erschwerung und Verzögerung des Verfahrens, wie sie aus dem früheren Beschlusse notwendig resultieren werde, wenigstens für die Schöffengerichte, wo sie bedenklich wirken würde, nicht mehr für geboten.

Abg. Dr. Völk führte gegen den Antrag aus: Er spreche aus einer 27jährigen Erfahrung. In Bayern müsse der Richter alle geladenen Zeugen wirklich vernehmen, Missbrauch werde damit nicht getrieben. — Das Gericht wisse ja gar nicht und könnte nicht wissen, ob ein Zeuge erheblich sei, bevor es sich über das Urteil berate. Dies treffe ganz besonders beim Schöffengerichte zu. Der Amtsrichter könne unmöglich wissen, welche Auffassung die Schöffen über eine Thatsache oder ein Beweismittel haben.

Als Abg. Dr. Bähr den Antrag stellte, in Abs. 1. des Puttkamer'schen Antrags hinter das Wort „Beweismittel" die Worte einzuschalten „welche über erhebliche Thatsachen in Vorschlag gebracht sind", entgegnete Dr. Völk: Wer solle denn entscheiden, ob ein Zeuge Erhebliches wisse? Das könne doch nur durch seine Vernehmung an den Tag kommen. Kein Richter habe ein sicheres Urteil darüber, ob eine erhebliche Thatsache vorliege oder nicht, bevor der Beweis erhoben ist.

Schliesslich wurde der Antrag Puttkamer wie auch der Antrag Bähr abgelehnt. Somit wurde also die in erster Lesung beschlossene, vom Abg. Dr. Schwarze beantragte Abänderung des § 207 aufrecht erhalten.

In dem Berichte der Kommission über den Entwurf einer Strafprozessordnung wird unter Zugrundelegung der bei der Beratung gegen die Bestimmung des § 207 geäusserten Bedenken obigem Beschlusse entsprechend mitgeteilt, dass die Kommission den § 207 in folgender Fassung aufgenommen habe: „Die Beweisaufnahme ist auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen, sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken. Es kann jedoch von der Erhebung einzelner Beweise abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte sowie das Gericht hiermit einverstanden sind".

In den hiezu ergangenen Beschlüssen des Bundesrats, welche mit einem „Bedenken des Bundesrats" überschriebenen Schreiben des Reichskanzlers dem Reichstage zugingen, wurde verlangt, für schöffengerichtliche Sachen die Regierungsvorlage wieder herzustellen.

In der hierauf stattgehabten 172. Sitzung der Justizkommission, in welcher § 207 des Entwurfs einer „weiteren Beratung“ unterzogen wurde, schlug der Vorsitzende vor, nicht über die vorliegenden Anträge, sondern über bestimmte Fragen abzustimmen und die Formulierung der Redaktionskommission zu überlassen. Nachdem sich die Kommission hiermit einverstanden erklärt hatte, wurde

1. die Frage, ob die dem Gerichte in § 207 erteilte Befugnis, Beweismittel als irrelevant zurück zu weisen, bei schöffengerichtlichen Verhandlungen Platz greifen solle, bejaht;
2. die Frage, ob die gedachte Befugnis dem Gerichte zustehen solle bei Berufungen in Injurien- und Privatklagesachen, ebenfalls bejaht;
3. die Frage, ob jene Befugnis dem Gerichte bei allen Berufungen gegen schöffengerichtliche Urteile zustehen solle, verneint.

In dieser Sitzung erklärte Abg. Struckmann zu den von ihm und Dr. Schwarze eingebrachten Anträgen, deren Inhalt in den der Kommission gestellten Fragen enthalten ist, der Sinn der beiden Anträge sei der, dass in den schöffengerichtlichen Sachen ihrer Unbedeutenheit halber das Recht, die Aufnahme aller angeführten Beweismittel zu verlangen, nicht gelten, sondern das freie Ermessen des Richters entscheiden solle. In diesen Sachen finde Berufung statt und darin liege eine ausreichende Garantie. In der „Zusammenstellung der von der Justizkommission in Veranlassung der dem Reichstage mitgeteilten Beschlüsse des Bundesrats gefassten Abänderungsbeschlüsse mit den Beschlüssen der Kommission nach der Zusammenstellung betreffend den Entwurf

einer Strafprozessordnung“ erhielt § 207 folgende Fassung:

Die Beweisaufnahme ist auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen, sowie auf die andern herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken. Von der Erhebung einzelner Beweise kann jedoch abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte hiermit einverstanden sind.

In den Verhandlungen vor den Schöffengerichten und vor den Landgerichten in der Berufungsinstanz, sofern die Verhandlung vor letzteren eine Uebertretung betrifft oder auf erhobene Privatklage erfolgt, bestimmt das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme, ohne hierbei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein.“

Der Reichstag nahm sodann bei der 2. Lesung im Plenum in seiner Mehrheit obige von der Kommission vorgeschlagene Fassung des § 207 des Entwurfes an.

Der Reichskanzler teilte hierauf dem Reichstage mit, dass der Bundesrat zu der Strafprozessordnung nach den Beschlüssen in der 2. Beratung beschlossen habe, den § 207 in seiner jetzigen Fassung für annehmbar zu erklären.

Da auch bei der 3. Beratung im Plenum der so redigierte, jetzt nach der Redaktion als § 244 R.-Str.-P.-O. figurierende § 207 des Entwurfes einer Strafprozessordnung am 21. Dezember Annahme fand, so erhielt er seine endgültige Fassung, wie sie uns § 244 R.-Str.-P.-O. wieder gibt.

So enthält jetzt § 244 R.-Str.-P.-O. ein Prinzip, das dem in § 207 des Entwurfes enthaltenen gerade entgegengesetzt ist. Denn während § 207 erklärte:

wenn auch die Zeugen und Sachverständigen sowie die andern Beweismittel in der Hauptverhandlung zur Stelle sind, so haben die Prozessparteien doch keinen rechtlichen Anspruch darauf, dass sie auch benutzt werden, so bestimmt jetzt § 244, dass — mit Ausnahme der in Absatz 2 genannten Strafsachen — das Gericht verpflichtet ist, sämtliche Beweise, die zu der Hauptverhandlung herbeigeschafft wurden, zu erheben.

II.

Interpretation.

§ 1.

Vorgeladene Zeugen.

Das Gesetz spricht von vorgeladenen Zeugen. Es wurde nun darüber gestritten, ob diese Worte sich nur auf die „vorgeladenen", im Gegensatz zu den „ohne Vorladung von der Staatsanwaltschaft oder dem Angeklagten in der Hauptverhandlung gestellten" Zeugen, oder auch auf die letzteren sich beziehen. Keller sagt in seinem Kommentar zur R.-Str.-P.-O.:[1]) „Wenn das Gesetz von den vorgeladenen Zeugen spricht, so hat es damit den gewöhnlichen Fall, wie Zeugen zur Stelle geschafft werden, im Auge; es wollte aber nicht die freiwillig erschienenen Zeugen anders angesehen wissen. Nach dem Gange der Verhandlung der Justizkommission soll die ganze Beweisaufnahme getroffen werden".

Andere Kommentatoren führen aus, dass das Gesetz von „vorgeladenen" Zeugen spreche. Diese Bestimmung setze also eine stattgehabte Ladung voraus und finde demgemäss auf die von den Prozessbeteiligten gestellten Personen nicht Anwendung; bezüglich dieser habe das Gericht die Erheblichkeit der Vernehmung zu prüfen.

Die in dem oben angeführten Berichte der Reichstagskommission enthaltenen Ausführungen sprechen jedenfalls für die von Keller verteidigte Ansicht.

[1]) Keller, Kommentar zur Str.-P.-O. § 244 Anm. 1.

Die Praxis, unter der Führung des Reichsgerichts, legt jedoch das entscheidende Gewicht auf den Wortlaut des Gesetzes. Ein Urteil des Reichgerichtes vom 10. Februar 1880[1]) sagt: Die Ansicht, es seien die im Termine sistierten Zeugen den geladenen gleichzustellen oder als andere herbeigeschaffte Beweismittel zu behandeln, widerlegt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes.

Das Reichsgericht stellt sodann in derselben Entscheidung die Worte „geladene Zeugen“ (und Sachverständige) und die folgenden „andere herbeigeschaffte Beweismittel“ in so strikten Gegensatz zu einander, dass unter den Begriff der letzteren die gestellten Zeugen gar nie fallen können. „Denn die Gegenüberstellung der beiden Arten von Beweismittel in § 244 zeige ebenso wie in § 220, 243 Abs. 3 Str.-P.-O., dass unter „die andern herbeigeschafften Beweismittel“ die gestellten Zeugen gar nie inbegriffen sein können.“ Es wäre ja sonst auch dem Angeklagten ein Mittel gegeben, durch Benennung von Personen, die im Zuschauerraum oder sonst im Gerichtsgebäude anwesend sind, die Verhandlung beliebig in die Länge zu ziehen.

Die Sistierug von Zeugen erscheint sonach als ein Beweisantrag im Sinne des § 243, 2 und erfordert einen Gerichtsbeschluss. Die sistierten Zeugen d. h. diejenigen Zeugen, die, ohne geladen zu sein, einfach zur Sitzung mitgebracht werden, ferner diejenigen Personen, deren freiwilliges Erscheinen im Voraus angezeigt ist, darf das Gericht wegen Unerheblichkeit ablehnen. Denn wenn in der Hauptverhandlung Anträge auf Erhebung von Beweisen gestellt werden, so kommt es zunächst darauf an, ob das Gericht nach

[1]) E I, 198.

§ 244 Abs. 1 formell genötigt ist, denselben zu entsprechen. Insoweit dies nicht der Fall ist, hat das Gericht deren Erheblichkeit zu prüfen und über die Aufnahme oder Nichtaufnahme der Beweise zu entscheiden. Auch im schwurgerichtlichen Verfahren steht diese Entscheidung dem Gerichte zu (cf. Entscheidung vom 15. März 1880[1]). Nur muss das Gericht, bevor es einen Beweisantrag wegen Unerheblichkeit der betreffenden Thatsachen ablehnt, auf die Möglichkeit einer abweichenden Auffassung der Geschworenen Rücksicht nehmen.

Wenn das Reichsgericht sich schon so oft mit der Frage beschäftigen musste, ob § 244 auch auf „gestellte" Zeugen Bezug habe, so ist dies der Fassung des Gesetzes selbst zuzuschreiben. Denn es ist wohl zu begreifen, dass man einen zur Sitzung mitgebrachten Zeugen als ein „herbeigeschafftes Beweismittel" ansieht. Und sagt doch das Gesetz: „Die Beweisaufnahme ist auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen, sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken." Die Fassung des Gesetzes hätte eben eine korrektere sein müssen, wenn es den ihm durch reichsgerichtliche Interpretation gegebenen Sinn im Auge hatte. —

Ob ein Zeuge ein vorgeladener im Sinne des Gesetzes ist, dafür ist allein der Zeitpunkt der Hauptverhandlung massgebend. Ist also ein Zeuge in der Anklageschrift als ein zur Hauptverhandlung geladener namhaft gemacht, verzichtet aber der Staatsanwalt vor diesem Termine auf dessen Vernehmung und benachrichtigt rechtzeitig die in Betracht kommenden Personen von seinem Verzichte, so liegt, falls die Vernehmung dieses Zeugen unterbleibt, keine Gesetzes-

[1]) E I, 315.

verletzung vor, wenn auch der Angeklagte nicht ausdrücklich dem Verzichte des Staatsanwalts zugestimmt hatte (cf. Entscheidung vom 16. Dezember 1879[1]).

Die geladenen Zeugen sind nur dann zu vernehmen, wenn sie in der Hauptverhandlung erschienen sind. Das Reichsgericht spricht dem Gerichte gleich wie bezüglich der gestellten, so auch in Betreff der geladenen, in der Hauptverhandlung aber nicht erschienenen Zeugen die Befugnis zu, deren Erheblichkeit zu prüfen und je nach dem Ergebnis die Hauptverhandlung auszusetzen oder nicht. Durch Entscheidung vom 29. Januar 1880[2]) wurde eine Revision verworfen, die von der Annahme ausging, dass dem Angeklagten durch § 244 ein unbeschränktes Recht darauf gegeben sei, dass jeder zur Hauptverhandlung vorgeladene oder rechtzeitig namhaft gemachte Zeuge vernommen werde, so dass, wenn dessen Erscheinen durch ein Hindernis vereitelt wurde, auf Antrag die Hauptverhandlung behufs späterer Vernehmung verlegt werden müsse, und ausgeführt: „Nach § 242 Abs. 1 R.-Str.-P.-O. beginnt die Hauptverhandlung mit dem Aufrufe der Zeugen und Sachverständigen. Zeigt sich hiebei das Ausbleiben eines solchen, so räumt das Gesetz dem Angeklagten nicht das unbedingte Recht ein, sofort die Herbeiholung des Ausgebliebenen oder die Aussetzung der Hauptverhandlung zu diesem Zweck zu verlangen, sondern an den Aufruf der Zeugen und Sachverständigen schliesst sich in der Regel unmittelbar die Vernehmung des Angeklagten an. Gemäss § 243 folgt nach der Vernehmung des Angeklagten die Beweisaufnahme und es kann das Gericht, sofern der Angeklagte einen Beweisantrag gestellt, so namentlich auch die Vorladung zwar

[1]) E I, 35. [2]) E I, 175.

bereits vorgeladener, aber nicht erschienener Zeugen beantragt hat, auf solchen Antrag entweder sofort die Zeugen vorladen oder behufs Vornahme einer Beweishandlung die Aussetzung der Hauptverhandlung beschliessen oder aber den gestellten Beweisantrag ablehnen. Wenn nun der folgende § 244 bestimmt, dass die Beweisaufnahme auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen zu erstrecken sei, so sind ohne Zweifel hierunter nur diejenigen Zeugen zu verstehen, welche entweder schon beim Aufrufe erschienen oder aber zufolge des erst gemäss § 243 gestellten und vom Gericht zugelassenen Beweisantrages geladen worden und erschienen sind. Für diese Ansicht spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 244.

Die Reichstagskommission erklärte sich mit der in § 207 des Entwurfes dem Gerichte eingeräumten Befugnis, die Beweisaufnahme zu schliessen, ohne dass die sämtlichen herbeigeschafften Beweismittel, abgesehen von bezüglicher Uebereinstimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten, erschöpft sind, nicht einverstanden und so entstand an Stelle des § 207 des Entwurfs der § 244 Str.-P.-O., welcher dahin, dass die Beweisnahme auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken sei, redigiert wurde, jedoch nach der zweifellosen Absicht der gesetzgeberischen Faktoren dahin zu verstehen ist, dass die vorgeladenen Zeugen, auf welche sich die Beweisaufnahme erstrecken soll, unter die bereits herbeigeschafften Beweismittel gehören.“ —

Dass § 244 dem Gerichte die Prüfung der Relevanzfrage nicht allgemein, sondern lediglich in Bezug auf solchen Beweis hat entziehen wollen, dessen sofortiger Erhebung in der Hauptverhandlung nichts entgegen

steht, folgt nach Voïtus schon aus der Vorschrift des § 243 Str.-P.-O., nach welcher es, wenn ein Beweisantrag abgelehnt werden soll, eines Gerichtsbeschlusses bedarf; mit dieser Vorschrift, durch welche die Befugnis des Gerichts zur Ablehnung eines Beweises ausdrücklich anerkannt ist, würde Abs. 1 des § 244 in Widerspruch stehen, wenn er nicht auf solche Beweismittel beschränkt würde, die in der Hauptverhandlung sofort zur Hand sind.

Nur in diesem Sinne ist eine praktische, sachdienliche Anwendung des § 244 denkbar. Denn wollte man die Verpflichtung des Gerichts zur Vernehmung der geladenen Zeugen auch auf die nicht erschienenen ausdehnen, so würde dadurch dem Angeklagten eine vom Gesetz offenbar nicht beabsichtigte Handhabe zur endlosen Verschleppung der Sache geboten sein, indem er fortgesetzt Zeugen laden lässt, von denen er weiss, dass sie demnächst in der Hauptverhandlung nicht erscheinen werden (cf. auch Entscheidung vom 10. Februar 1880[1] und 15. März 1880[2]). Auf Grund dieser Auffassung wird auch der Gefahr, dass der Angeklagte durch gehörige rechtzeitige Ladung sämtlicher Mitglieder eines Gerichts als Zeugen die Verhandlung über das ihm zur Last gelegte Delikt unmöglich macht, vorgebeugt. Die geladenen Richter leisten der Ladung insofern keine Folge, als sie nicht als Zeugen erscheinen und werden dann, selbst wenn sie als Richter anwesend sind, als Zeugen als nicht erschienen betrachtet. Nach § 22 Nummer 5 ist aber nur der schon vernommene Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen. Der Antrag auf Vernehmung eines Richters begründet die Ausschliessung noch nicht.

[1]) E I, 196. [2]) E I, 315.

Dies gilt auch im Falle der unmittelbaren Ladung des Richters zur Hauptverhandlung. Der Grundsatz des § 244 Absatz 1 muss hier eine Ausnahme erleiden, da er sonst von dem Angeklagten zur Umgehung des Gesetzes benützt werden könnte. Der als Richter Erschienene, aber als Zeuge Geladene kann nun ohne Zweifel an dem dem Gerichte zustehenden Beschlusse über die Erheblichkeit seines Zeugnisses teilnehmen. —

Das Gericht kann die Vernehmung eines in der Hauptverhandlung erschienenen Zeugen, dessen erfolgte Ladung nicht nachgewiesen wird, ohne Beschlussfassung unterlassen. Denn der anwesende Zeuge ist nur dann ein vorgeladener, wenn derselbe nach Massgabe des § 38 Str.-P.-O. unmittelbar durch den Gerichtsvollzieher geladen, und wenn ferner dem Gerichte der Nachweis der Ladung geführt wird. Geschieht dies nicht, so ist der betreffende Zeuge als ein gestellter Zeuge zu behandeln. (cf. Entscheidung vom 16. Januar 1893[1]). —

Die zur Zeit der Hauptverhandlung vorgeladenen und in der Hauptverhandlung erschienenen Zeugen müssen ohne weitern Antrag vernommen werden, selbst wenn die Thatsachen, über welche sie vernommen werden sollen, vom Gerichte gar nicht für erheblich erachtet werden, es sei denn, dass alle Prozessbeteiligten über ihre Entbehrlichkeit unter sich einverstanden sind. Denn ob der Gegenstand des Zeugnisses von Erheblichkeit sei, ist zu erwägen, bevor die Ladung erfolgt. Die erst nachher begründete Ueberzeugung von der Unerheblichkeit des Zeugnisses kann einen Einfluss in dieser Richtung nicht mehr ausüben. Die Vernehmung muss eben erfolgen, weil

[1]) E XXIII, 400; cf. auch E XVII, 440.

das Gesetz vermöge positiver Vorschrift beiden Teilen ein Recht darauf verleiht, das durch einseitigen Akt des Gerichts ihnen nicht verkümmert oder gar entzogen werden darf.

Das Reichsgericht gelangt jedoch zu einer Abweichung von dem in obigen Ausführungen niedergelegten Gedanken, indem es das Erfordernis des „Zusammenhangs" aufstellt. In einem Urteile vom 3. März 1880[1]) wird nämlich darauf hingewiesen, dass es unter allen Umständen eine Schutzwehr geben müsse dagegen, dass nicht die Erledigung einer Strafsache vereitelt, dass nicht das dem Angeklagten in § 244 eingeräumte formale Recht durch Heranziehung von Urkunden oder andern Gegenständen, von Zeugen und Sachverständigen, überhaupt Beweismitteln, welche für die Sache nicht erheblich sind und sein können, lediglich zum Verschleife des Prozesses chikanös gemissbraucht werde. Das Gericht müsse deshalb auch gegenüber der Bestimmung des § 244 nach dem Zwecke des strafgerichtlichen Verfahrens und im Interesse der Wahrung seiner Würde befugt sein, Beweise, welche völlig heterogene Umstände betreffen, solche, die in gar keiner Beziehung zu der vorliegenden Untersuchung stehen, abzuschneiden. Hiebei müsse allerdings darauf hingewiesen werden, dass die Prüfung der Frage, ob der Zeuge mit der Sache Zusammenhängendes bekunden soll, leicht in eine Prüfung der Erheblichkeit der betreffenden Thatsachen umschlagen könne.

Das Reichsgericht verlangt deshalb in der eben erst angeführten Entscheidung vom 3. März 1880, dass ein Beschluss, durch welchen ein geladener Zeuge

[1]) E I, 242.

oder Sachverständiger wegen Mangels des Zusammenhanges seiner Aussage mit der Sache abgelehnt wird, so eingehend motiviert sein müsse, dass auch dem Revisionsrichter erkennbar bliebe, dass durch die Ablehnung der § 244 nicht thatsächlich verletzt werde. Demgemäss wird denn auch dem Gerichte, bezw. dem Vorsitzenden, die Befugnis eingeräumt werden müssen, von dem Angeklagten und dem Staatsanwalte vor Beeidigung der Zeugen eine Angabe zu verlangen, über welche Thatsachen dieselben gehört werden sollen. Es würde — so führt das Reichsgericht aus — der Würde der Verhandlung und des Gerichts ebensowenig wie der Bedeutung des Eides entsprechen, wenn Zeugen erst beeidigt würden und dann alle an sie gerichteten Fragen vom Vorsitzenden gemäss § 240. 2 Str.-P.-O. als ungeeignet und nicht zur Sache gehörig zurückgewiesen würden. Verweigern nun die Parteien auf die an sie gestellte Frage die Auskunft über die von den Zeugen und Sachverständigen zu bekundenden Thatsachen, so kann das Gericht beschliessen, dass diese Zeugen wegen nicht ersichtlichen Zusammenhangs ihrer zu machenden Aussagen mit der zu verhandelnden Sache zurückzuweisen sind.

Durch diese reichsgerichtlichen Ausführungen wird in eine ganz klare Gesetzesbestimmung ein Sinn hinein interpretiert, den sie, wenn man ihren Entwicklungsgang vom Entwurfe an bis zur definitiven Festlegung im Plenum des Reichstages verfolgt, nicht haben kann. Die Prozessparteien haben kraft Gesetzes das Recht auf die Vernehmung sämmtlicher vorgeladener Zeugen und Sachverständigen, es soll ihnen die Gewissheit werden, dass alles, was zur Feststellung der materiellen Wahrheit nach ihrer Ansicht dienlich sein kann, zu diesem Zwecke auch wirklich benutzt

wurde. Wenn auch zugegeben werden muss, dass die Durchführung dieser Bestimmung zu Misslichkeiten führen kann, so darf hieraus doch keineswegs die Befugnis abgeleitet werden, das Recht des in thatsächlicher Beziehung auf eine Instanz angewiesenen Angeklagten zu beschneiden, zumal die Möglichkeit so nahe liegt, dass die Prüfung des „Zusammenhangs" in eine Prüfung der „Erheblichkeit" umschlägt. Dass ferner der Revisionsrichter auf Grund der in dem desfallsigen Beschlusse der Strafkammer enthaltenen Motivierung zu einer andern Ansicht gelangen kann als er vielleicht auf Grund der thatsächlichen Vorgänge in der Sitzung gelangen würde, bedarf keiner weiteren Darlegung.[1]) —

Der Umstand, dass ein zur Hauptverhandlung geladener und erschienener Zeuge anfangs aus einem gesetzlichen Grunde sein Zeugnis verweigert und sich später erst im Laufe der Verhandlung zu dessen Ablegung bereit erklärt, gibt dem Gerichte nicht das Recht der Ablehnung (cf. Entscheidung des Reichsgerichts vom 2. Mai 1884[2]). Denn wenn sich der Vernehmung eines Zeugen anfangs ein Hindernis dadurch entgegenstellt, dass er sein Zeugnis aus einem gesetzlichen Grunde verweigert, so wird dieses Hindernis durch die noch vor Schluss der Beweisaufnahme von dem Zeugen abgegebene Erklärung, dass er zur Ablegung des Zeugnisses bereit sei, gehoben. Das dem Angeklagten durch § 244 eingeräumte Recht darf nicht um deswillen verkümmert werden, weil ein vorgeladener Zeuge, welcher zur Zeugnisverweigerung berechtigt ist, sich erst im Laufe der Beweisaufnahme entschliesst, Zeugnis abzulegen. —

Ebenso darf die Vernehmung eines Zeugen nicht ab-

[1]) S. auch John B III, S. 148.

[2]) R VI, 337.

gelehnt werden, wenn er der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses oder sonst einem Teile der Verhandlung beigewohnt hat entgegen der Vorschrift des § 242 Abs. 4 Str.-P.-O.[1]). Denn diese Vorschrift ist eine reglementäre, sie ordnet nur die Regel an. Das Gesetz hat den in dieser Beziehung ungehorsamen Zeugen nicht unter Strafe gestellt und, da so auch bei der sorgfältigsten Ueberwachung, zumal bei grösseren Verhandlungen, der unbefugte Eintritt des Zeugen in den Zuschauerraum nicht zu verhüten ist, mittelbar anerkannt, dass ein in dieser Beziehung vorliegender, vom Gerichte nicht verschuldeter Mangel nicht als derart erheblich anzusehen ist, dass das Urteil im Sinne des § 376 Str.-P.-O. darauf beruhe. Es ist eben in einem solchen Falle Sache des richterlichen Ermessens, wie weit dem Zeugen mit Rücksicht auf den erwähnten Umstand voller Glaube zu schenken oder seine Glaubwürdigkeit für beeinträchtigt zu halten sei.

Dagegen entfällt die Notwendigkeit der Vernehmung, wenn der Zeuge sich in einem die letztere ausschliessenden Zustande befindet, z. B. in dem der Trunkenheit[2]). Es kann sich hier keine Prozesspartei beschweren, wenn nicht für spätere Vernehmung Sorge getragen wird, es sei denn, dass hierüber bestimmte Anträge gestellt und diese unzulässigerweise abgelehnt wurden. —

Hinsichtlich der geladenen und erschienenen Zeugen kommt es nicht darauf an, ob sie eidesfähig sind. Das Gesetz gestattet ausdrücklich, auch Personen zu vernehmen, die nicht vereidigt werden

[1]) E I, 409.

[2]) R X, 546.

können und nichts hindert das Gericht, einer unbeeidigten Aussage vollen Glauben zu schenken.

Gleich wie die Vernehmung eidesunfähiger Zeugen, so darf auch das Gericht die Vernehmung derjenigen Personen, die nach § 56, 57 R.-Str.-P.-O. unbeeidigt abzuhören sind, nicht ablehnen, vorausgesetzt natürlich, dass sie in gesetzlicher Weise vorgeladen und in der Hauptverhandlung erschienen sind.

§ 2.

Vorgeladene Sachverständige.

Die bezüglich „der vorgeladenen Zeugen" gemachten Ausführungen finden auf „die vorgeladenen Sachverständigen" analoge Anwendung. Nur was die kurz vorher erwähnte Eidesfähigkeit betrifft, so ist zu bemerken, dass als Sachverständige nur eidesfähige Personen vernommen werden können. Denn § 79 Str.-P.-O. bestimmt, dass die Vernehmung der Sachverständigen in der Hauptverhandlung stets eidlich zu erfolgen habe. Eine nicht eidliche Begutachtung gibt es also im Hauptverfahren nicht. Folglich ist eine Person, die nach §§ 56, 72 Str.-P.-O. den Sachverständigeneid nicht leisten kann, nicht als Sachverständiger im Sinne der Strafprozessordnung anzusehen. Es würde daher eine solche Vernehmung, falls die betreffende Person nicht auch als Zeuge zu hören wäre, abgelehnt werden müssen. Auch ist das Gericht trotz § 244 Abs. 1 nicht verpflichtet, geladene und erschienene Sachverständige zu vernehmen, die nach § 74 Str.-P.-O. abgelehnt wurden. Jedoch gestattet das Gesetz, wenn eine nochmalige Vernehmung sich als unausführbar erweist, die Verlesung eines unbeschworenen, früher abgegebenen Gutachtens. Insofern

erleidet die oben angeführte Regel, dass die Sachverständigenvernehmung immer eidlich in der Hauptverhandlung zu erfolgen habe, eine Ausnahme.

Im Einzelnen sei noch Folgendes erwähnt:

Das Gericht ist nicht für befugt zu erachten, die Vernehmung von Personen abzulehnen, denen nach seiner Ansicht bezüglich der vorliegenden Fragen die Eigenschaft von Sachverständigen nicht beigemessen werden kann. Denn es wird sich erst im Laufe der Vernehmung herausstellen, ob die in Betracht kommende Person ein sachverständiges Urteil über die betreffende Frage haben kann oder nicht. Und dann ist das Gericht ja ganz frei in der Würdigung des Wertes der abgegebenen Gutachten.

Ebensowenig kann eine Ablehnung aus dem Grunde erfolgen, weil es nach Ansicht des Gerichts eines Sachverständigenbeweises nicht bedürfe (cf. Entscheidung vom 27. Februar 1890[1]). Denn der unbedingten Gebotsnorm des § 244 Abs. 1 gegenüber greifen die allgemeinen Grundsätze des Strafprozessrechts, wonach es in der Regel und von besonderen Ausnahmen abgesehen dem Ermessen des Gerichtes untersteht, ob es Sachverständige überhaupt hören will oder der Unterstützung durch gutachtliche Aussprüche nicht bedarf, und eventuell, wie viele und welche Sachverständige es befragen will, nicht Platz. —

Auf Dolmetscher soll nach einer reichsgerichtlichen Entscheidung vom 26. Februar 1886[2]) § 244 keine Anwendung finden, da sie nicht Sachverständige im Sinne des § 244 seien. „Mögen auch die Dolmetscher als Sachverständige im weiteren Sinne des Wortes gelten, die §§ 187—193 G.-V.-G. unterscheiden

[1]) Jurist. Wochenschrift B. 19, S. 147.
[2]) R VIII, 97.

sie von den Sachverständigen im juristischen Sinne und schreiben nur die analoge Anwendung der Bestimmungen über Ausschliessung und Ablehnung der Sachverständigen auf die Dolmetscher vor. In Bezug auf die Notwendigkeit der Zuziehung von Dolmetschern ist nicht § 244 Str.-P.-O., sondern es sind die Vorschriften des G.-V.-G. massgebend. Ist die Zuziehung eines Dolmetschers notwendig, so muss dieselbe von Amtswegen erfolgen, selbst wenn die Prozessparteien auf die Zuziehung verzichten. Andrerseits haben im Falle des § 187 Abs. 2 G.-V.-G. oder wenn sonst kein Grund zur Zuziehung eines Dolmetschers vorliegt, die Prozessparteien kein Recht darauf, dass die geladenen und erschienenen Dolmetscher gehört werden, sofern nicht auf ihre Vernehmung verzichtet wird."

Gegenüber dieser Reichsgerichtsentscheidung ist darauf hinzuweisen, dass das G.-V.-G. gemeinschaftliche Vorschriften sowohl für den Zivilprozess als auch für den Strafprozess enthält. Es ist deshalb der Str.-P.-O. und C.-P.-O. gegenüber als lex generalis anzusehen. Wenn nun das G.-V.-G. einige Bestimmungen gibt über die Benützung von Dolmetschern, so konnte jede der beiden Prozessordnungen eingehendere Vorschriften über die Verwendung von Sachverständigen aufstellen, zu denen das Reichsgericht die Dolmetscher ja auch zählt. Die Unterscheidung in dem reichsgerichtlichen Urteil zwischen „Sachverständigen im weiteren Sinn" und „Sachverständigen im juristischen Sinn" ist eine willkürliche, vom Gesetz in keiner Weise gebotene.[1]). —

Die Vorschrift des § 244 bestimmt nicht, dass eine als Zeuge vorgeladene Person auf Verlangen der Prozessbeteiligten auch als Sachverständiger gehört werden

[1]) cf. John B. III, S. 156 ff.

müsse oder umgekehrt.[1]) Dieses Verlangen enthält eine Aenderung des Beweisthemas und damit, sowie mit der wesentlichen Verschiedenheit, welche zwischen den beiden Arten dieser Beweismittel besteht, erscheint die ausdehnende Auslegung des § 244 nicht vereinbar. Vielmehr kann in einem solchen Falle nur § 245 Str.-P.-O. Anwendung finden, welcher die Befugnis des Richters zur sachlichen Prüfung eines verspäteten Beweisantrags nicht beschränkt.

§ 3.

Was gehört zu den Beweismitteln im Sinne des § 244?

Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung muss sich, gleich wie auf die vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen, so auch auf die herbeigeschafften Beweismittel erstrecken. Als solche kommen hauptsächlich diejenigen Schriftstücke in Betracht, die verlesen werden sollen, und hiezu gehören insbesondere die Protokolle über vorgenommene Beweisakte. Unter die Beweismittel sind aber auch Gegenstände zu rechnen, die in der Hauptverhandlung vorgelegt werden, damit das Gericht an ihnen den Augenschein einnehme. Dagegen sind nie Beweismittel im Sinne des § 244 ganze Akte; Beweismittel ist immer nur das einzelne Aktenstück.[2]) Es ist eben Sache der Parteien, bestimmte Schriftstücke, deren Verlesung sie wünschen, als Beweismittel zu bezeichnen; dann erst wird § 244 anwendbar. Wird ein Antrag auf Verlesung einzelner Aktenstücke nicht gestellt, so ist

[1]) Jurist. Wochenschrift B. 19, S. 64.

[2]) E III, 250; cf. auch E V, 27; E XIII, 158; R III, 42 und VI, 538.

die Herbeischaffung der Akten nur eine vorbereitende Massregel und die Nichtverlesung keine Verletzung des § 244. Die Notwendigkeit der Konkretisierung ergibt sich auch aus der Betrachtung, dass, falls im einzelnen Fall der Angeklagte in der Lage wäre, Prozessakten dem erkennenden Gericht unmittelbar zu unterbreiten, ohne sich darüber zu äussern, auf welche einzelne Schriftstücke sich seine Intention der Benutzung als Beweismittel richtet, das Gericht, dem in diesem Falle ein Urteil über die Erheblichkeit des Beweismittels nicht zusteht, vermöge der zwingenden Vorschrift des § 244 nicht von der Pflicht zu entbinden wäre, die gesamten Akten zur Verlesung zu bringen ohne Rücksicht auf ihren Inhalt und ihren Zusammenhang mit der Sache. So würde dann das Direktionsrecht des Vorsitzenden lahm gelegt und ohne den geringsten Vorteil für die Sache deren Aburteilung verzögert und erschwert.

Was hier in Bezug auf ganze Akten gesagt ist, gilt auch für Handelsbücher. (Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. Oktober 1890.[1])

§ 4.

Welche Beweismittel sind „herbeigeschaffte" Beweismittel nach § 244?

Nach einem Urteile des Reichsgerichts vom 9. April 1880[2]) sind herbeigeschaffte Beweismittel nur diejenigen, welche „in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise zur Hauptverhandlung geschafft wurden." Dahin gehören nach der Aufzählung in der erwähnten Entscheidung:

1. die vom Staatsanwalte bezeichneten und von

[1]) Jurist. Wochenschrift Jahrgang 1890, S. 398.
[2]) E I, 383.

ihm herbeigeschafften, dem Angeklagten mitgeteilten Beweismittel (§§ 198, 199, 206, 213 Str.-P.-O.);

2. diejenigen Beweismittel, deren Herbeischaffung der Angeklagte bei dem Vorsitzenden beantragt hat, sofern dieselben vom Vorsitzenden unter Benachrichtigung des Staatsanwalts zugelassen und herbeigeschafft worden sind (§§ 218, 219 Str.-P.-O);

3. diejenigen Beweismittel, deren Herbeischaffung der Vorsitzende von Amtswegen (§ 220) angeordnet hat;

4. endlich solche Beweismittel, deren Herbeischaffung das Gericht selbst in der Hauptverhandlung (§ 243) angeordnet hat.

„Dass der § 244, wenn er von andern herbeigeschafften Beweismitteln spricht, hierunter nur die vorstehend bezeichneten, nicht aber etwa jedes in der Hauptverhandlung vorgeführte Beweismittel versteht, dafür spricht insbesondere auch die im Schlusssatze des § 244 Abs. 1 enthaltene Bestimmung, wonach von der Erhebung einzelner Beweise nur dann abgesehen werden darf, wenn der Staatsanwalt und der Angeklagte hiemit einverstanden sind; denn das Erfordernis des beiderseitigen Einverständnisses zur Nichterhebung eines Beweises deutet unverkennbar darauf hin, dass beide Teile bereits ein Recht auf die Erhebung des Beweismittels erlangt haben müssen, dass das Beweismittel gemeinschaftlich geworden sein muss. Diese Voraussetzung ist aber nur dann gegeben, wenn das betreffende Beweismittel schon vor der stattfindenden Hauptverhandlung als solches bezeichnet und zugelassen war.“ (cf. Entscheidung vom 9. April 1880.)

Das Reichsgericht spricht hier von Beweismitteln, welche „in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise herbeigeschafft“ sind, während das Gesetz nur

von „herbeigeschafften“ Beweismitteln spricht. Darnach sollte man vermuten, dass in der R.-St.-P.-O. verschiedene Vorschriften gegeben sind, je nachdem Beweismittel „herbeigeschafft“ oder „gesetzlich herbeigeschafft“ werden sollen. Nun finden sich aber in der Str.-P.-O. überhaupt keine Vorschriften über die Art und Weise, wie Beweismittel herbeigeschafft werden. Es finden sich allerdings Bestimmungen darüber, wie dies bei Zeugen und Sachverständigen zu geschehen hat, aber für das Herbeischaffen von Beweismitteln, abgesehen von Zeugen und Sachverständigen — und diese gehören ja nach reichsgerichtlicher Rechtsprechung keineswegs zu den Beweismitteln des § 244 — gibt es solche Vorschriften nicht. Das Reichsgericht führt uns denn auch nur solche Vorschriften an, in denen überhaupt von der Herbeischaffung der Beweismittel die Rede ist, die uns aber keinen Aufschluss geben über die Art und Weise, wie die Beweismittel herbeizuschaffen sind.

Wenn dann ferner in der reichsgerichtlichen Entscheidung darauf hingewiesen wird, dass ein beiderseitiges Einverständnis zur Nichterhebung eines Beweismittels erst dann möglich ist, wenn dasselbe ein gemeinschaftliches geworden ist, so ist zu bemerken, dass diese Voraussetzung immer mit der Produktion des Beweismittels eintritt.[1])

Die in dem Urteile vom 9. April 1880 angeführte Begrenzung ist aber auch zu eng. Es ist z. B. möglich, dass der Angeklagte entweder selbst oder durch seinen Verteidiger sei es ein Aktenstück oder einen andern körperlichen Gegenstand zur Hauptverhandlung geschafft und dieses Beweismittel zu den Akten übergeben hat. Diese Art der Herbeischaffung

[1]) cf. John B. III, S. 158 ff.

muss auch als eine den gesetzlichen Vorschriften völlig entsprechende angesehen werden. Denn warum sollte das Gesetz dem Angeklagten zur Herbeischaffung von Schriftstücken kein Mittel geben, das der Befugnis zur unmittelbaren Ladung von Zeugen analog wäre? Aber gleichwie der gestellte Zeuge anders zu behandeln ist als der vorgeladene, so ist auch als herbeigeschafft nicht schon dasjenige Schriftstück anzusehen, das in der Hauptverhandlung vorgelegt wird; wohl aber wird als herbeigeschafft dasjenige Schriftstück gelten, das vor der Hauptverhandlung unter entsprechender Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft (§ 221 Str.-P.-O.) zu den Akten eingereicht ist.

In einer Entscheidung vom 3. März 1880[1]) hatte das Reichsgericht auch angenommen, dass Zivilprozessakte, die von einem Amtsgericht auf Antrag des Verteidigers der Strafkammer vor der Hauptverhandlung zugeschickt waren, als herbeigeschaffte anzusehen seien, und dass deshalb die Beweisaufnahme nicht von einer vorgängigen richterlichen Prüfung des Beweismittels in der Richtung abhänge, ob es oder die durch dasselbe zu beweisende Thatsache für erheblich zu erachten sei. —

Von einer Mitteilung an den Gegner von der beabsichtigten Herbeischaffung wird man die Verpflichtung des Gerichts, die Beweisaufnahme auch auf diese Schriftstücke auszudehnen, nicht abhängig machen dürfen. Denn auch die unterlassene Benennung eines unmittelbar geladenen Zeugen an den Gegner gibt dem Richter nicht das Recht, die Erheblichkeit desselben zu prüfen. Es kann vielmehr nur die Aussetzung der Hauptverhandlung nach § 245 Str.-P.-O. verlangt werden. —

[1]) E I, 242.

Das Reichsgericht stellt weiter den Satz auf, dass ein von einer Partei herbeigeschafftes Beweismittel nur dann als herbeigeschafftes Beweismittel im Sinne des § 244 anzusehen sei, wenn die Partei in der Hauptverhandlung das betreffende Objekt als Beweismittel bezeichnet und dessen Herbeischaffung konstatiert habe.

So sagt ein reichsgerichtliches Urteil vom 16. Dezember 1881[1]): Der Umstand allein, dass die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift den fraglichen Auszug aus dem Grundbuch unter dem Hinweis darauf, dass sie denselben zu den Akten gebracht habe, als Beweismittel in Vorschlag gebracht hatte, genügte noch nicht, dieser Urkunde den Charakter eines herbeigeschafften Beweismittels zu verleihen. Dazu wäre vielmehr erforderlich gewesen, dass die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung des Beweismittels erwähnt und dessen Herbeischaffung zur Hauptverhandlung konstatiert hätte. Denn da die Anklageschrift in der Hauptverhandlung nicht verlesen wird, so ist ohne solchen Hinweis keine Gewähr dafür gegeben, dass das erkennende Gericht Kenntnis von der Existenz dieses Beweismittels erlangt.

Das Reichsgericht, das in der erwähnten Entscheidung vom 9. April 1880 sich sehr bestimmt dahin ausgesprochen hat, dass die Natur des herbeigeschafften Beweismittels davon abhänge, dass dasselbe in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise herbeigeschafft ist, dass es für die Anwendbarkeit des § 244 also nur darauf ankomme, wie es herbeigeschafft ist, verlangt hier, falls § 244 Anwendung finden solle, noch dazu, dass die Thatsache der erfolgten Herbei-

---

[1]) R III, 806.

schaffung ausdrücklich in der Hauptverhandlung erklärt werden müsse. Die Natur des Beweismittels soll sich also ändern je nach dem Inhalt der in der Hauptverhandlung abgegebenen Erklärung! Und wenn das Reichsgericht dieses Verlangen mit dem Hinweis darauf erklärt, dass die Anklageschrift in der Hauptverhandlung nicht verlesen werde, so ist dieser Grund deshalb nicht stichhaltig, weil § 237 die Aufnahme des Beweises dem Vorsitzenden zuweist, der doch die Akten gelesen haben muss, wie ja auch dem Angeklagten gemäss § 199 die Anklageschrift bekannt gegeben werden muss.

Die Konstatierung verlangt das Reichsgericht ausserdem in einer Entscheidung vom 8. Januar 1885[1]), 9. Juni 1885[2]) und noch in einem Urteil vom 6. April 1894.[3]) Dagegen wird in einem Erkenntnis vom 3. November 1884[4]), einem Urteile, das in der Zeit zwischen der Entscheidung vom 16. Januar 1881 und den Entscheidungen aus dem Jahre 1885 liegt, ausgeführt: „Unter allen Umständen durfte die Verlesung des in der Anklageschrift ausdrücklich bezeichneten Durchsuchungsprotokolles nur dann unterlassen werden, wenn der Staatsanwalt und der Angeklagte sich damit einverstanden erklärt hatten."

Hier wird das Erfordernis der Konstatierung fallen gelassen, wie dies schon in einer Entscheidung vom 26. Juni 1880[5]) geschehen war. In gleichem Sinne spricht sich ein Urteil vom 3. Dezember 1889[6]) aus.

[1]) R VII, 20.
[2]) R VII, 364.
[3]) Jurist. Wochenschrift, Jahrgang 1894, S. 237.
[4]) R VI, 685.
[5]) R II, 122.
[6]) Jurist. Wochenschrift B. XIX, 6.

Ebenso wie bezüglich der Zeugen, so ist nach reichsgerichtlicher Rechtsprechung auch bei den Beweismitteln zwar nicht die Erheblichkeit, wohl aber die Frage zu prüfen, ob das Beweismaterial mit der Hauptsache zusammenhängt (cf. Entscheidung vom 3. März 1880.[1]) „Ergibt sich, dass das Beweismittel ausser allem Zusammenhang mit dem den Gegenstand der Verhandlung bildenden Straffalle stehen würde, sonach als Beweismittel für vorliegenden Straffall überhaupt nicht angesehen werden kann, so würde ein Zwang zur Erhebung solcher zur Sache nicht gehöriger Momente der Würde des Gerichts widersprechen, und das kann nicht als vom Gesetze vorgeschrieben erachtet werden. Die betreffenden Beweismittel können daher vom Gerichte zurückgewiesen werden, weil in einem solchen Falle durch den formellen Verstoss gegen § 244 das Urteil nicht beeinflusst sein kann, vorbehaltlich der Prüfung durch das Revisionsgericht darüber. ob das Urteil gerechtfertigt war."

Hier sei auf das in § 2 ds. bezüglich der Zeugen bei Besprechung des Erfordernisses des Zusammenhanges Gesagte hingewiesen und ausserdem erwähnt, wie schwer eine Prüfung des Zusammenhanges fallen muss, wenn ein herbeigeschafftes Beweismittel dazu dienen soll, eine indicierende Thatsache darzuthun! —

Sind Beweismittel einmal „herbeigeschaffte Beweismittel", so behalten sie diese Eigenschaft auch für eine nach Aufhebung des Urteils erneute Verhandlung; sie müssen also ohne neuen Antrag wieder erhoben werden, wenn kein Verzicht vorliegt. (Entscheidung vom 3. November 1880[2]).

---

[1]) E I, 242.
[2]) R II, 437.

§ 5.

Sind Protokolle über die kommissarische Vernehmung eines Zeugen Beweismittel im Sinne des § 244?[1])

Zu der zu behandelnden Frage spricht sich eine Reichsgerichtsentscheidung vom 8. April 1889[2]) aus wie folgt: Auf Antrag des Angeklagten war mit dem Erlassen des Eröffnungsbeschlusses die kommissarische Vernehmung des Zeugen K. angeordnet worden und es lag das nach Massgabe des § 223 errichtete gerichtliche Protokoll während der Hauptverhandlung bei den Akten. Aber hiemit war dasselbe noch nicht zu einem herbeigeschafften Beweismittel im Sinne des § 244 geworden, bezüglich dessen eine Beweisaufnahme durch Verlesung des Protokolls mit Notwendigkeit hätte erfolgen müssen. Denn die Zulässigkeit desselben als Beweismittel musste erst durch Beschluss des Gerichts festgestellt werden; ein solcher ist aber weder von dem Angeklagten beantragt noch überhaupt erlassen worden. — In gleichem Sinne führt eine Entscheidung vom 24. Oktober 1882[3]) Folgendes aus: „Ein bei den Akten befindliches Protokoll über die kommissarische Vernehmung eines Zeugen, zumal wenn nicht das Gericht selbst, vor welchem die Hauptverhandlung stattfindet, die Vernehmung angeordnet hat, kann nicht zu den herbeigeschafften Beweismitteln im Sinne des § 244 Abs. 1 Str.-P.-O. gezählt werden, deren Erhebung unter allen Umständen mangels eines Verzichtes der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten erfolgen muss.

[1]) cf. Löwe 8. Aufl. § 250 N. 11, John B. III, S. 163.
[2]) Jurist. Wochenschr. Jahrgang 1889, S. 276.
[3]) E VII, 127.

Ein solches Protokoll ist weder mit seiner Entstehung noch durch seine Aufnahme in die Akten ein in der Hauptverhandlung zulässiges Beweismittel geworden und darf nur auf Grund eines in der Hauptverhandlung nach vorgängiger Prüfung der thatsächlichen Verhältnisse ergehenden Gerichtsbeschlusses als Beweismittel benutzt und zur Verlesung gebracht werden.“ Dagegen findet sich in einer Entscheidung vom 26. Mai 1880[1]) folgende Rechtsanschauung vertreten: „Begründet ist die Rüge, dass das Protokoll über die kommissarische Vernehmung der Zeugin H. in der Hauptverhandlung nicht verlesen worden sei. Der Staatsanwalt hatte diesen Zeugen in der Anklage benannt und dessen kommissarische Vernehmung schon damals beantragt. Dieser Antrag nebst der Ausführung desselben vertrat die Vorladung des Zeugen zu der Hauptverhandlung; die Angeklagten hatten ein Recht, sich der Aussage desselben auch zu ihrer Verteidigung zu bedienen. Das Protokoll über die Vernehmung lag dem Gerichte vor und gehörte zu denjenigen herbeigeschafften Beweismitteln, von welchen der § 244 spricht und deren Benützung er bei der Beweisaufnahme dem Ermessen des Gerichtes entzieht“. (Vergl. hiezu auch die Entscheidung vom 14. März 1893[2]). Mit dem letzteren Urteil vom 26. Mai 1880 stimmt überein das Urteil vom 18. Januar 1883[3]), mit dem vom 8. April 1889 und 24. Oktober 1882 dasjenige vom 9. November 1886[4]).

Das Referat über diese Entscheidung sagt: „Das

[1]) R I, 826.
[2]) Jurist. Wochenschrift, Jahrgang 1893 S. 290.
[3]) R V, 39.
[4]) R 8, 694.

Urteil entspricht dem Grundsatz, auf welchem das Urteil vom 24. Oktober 1882 beruht. Mit dem Urteil vom 18. Januar 1883 steht es nicht in Widerspruch; diesem lag der Fall zu Grunde, wenn das „erkennende" Gericht die kommissarische Vernehmung beschlossen hat."

Es soll demnach ein bei einer kommissarischen Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen aufgenommenes Protokoll nur dann als ein herbeigeschafftes Beweismittel im Sinne des § 244 R.-Str.-P.-O. erachtet werden, wenn die kommissarische Vernehmung von dem Gericht in der Hauptverhandlung, also von dem erkennenden Gericht, nicht vor derselben durch ein anderes prozessuales Organ beschlossen war.

Eine derartige Unterscheidung hat jedoch in dem Gesetze keine Begründung: So wenig es bei den erschienenen Zeugen für die Anwendbarkeit des § 244 darauf ankommt, ob deren Ladung in der Hauptverhandlung oder zuvor angeordnet wurde, ebenso wenig kann es bei den Protokollen darauf ankommen, wann die kommissarische Vernehmung angeordnet wurde. In allen Fällen ist ein solches Protokoll ein Schriftstück, welches in der gesetzlich vorgesehenen Weise herbeigeschafft ist. Die Herbeischaffung ist sogar der unmittelbare Zweck der kommissarischen Vernehmung.

Gegen die hier vertretene Ansicht spricht auch nicht § 250 Abs. 3 R.-Str.-P.-O., der vor der Verlesung stets noch einen Gerichtsbeschluss fordert. Denn es handelt sich hiebei offenbar nicht um eine Prüfung der Erheblichkeit, sondern es soll geprüft werden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen einer Protokollverlesung vorliegen; wird diese Frage verneint, so darf das Gericht nicht einfach von der Ver-

lesung Abstand nehmen, sondern es muss zugleich wegen anderweiter Erhebung des Beweises Anordnung treffen. Ueberdies würde, wenn § 250 Abs. 3 ein Argument gegen die Anwendbarkeit des § 244 enthielte, dasselbe ebenso diejenigen Fälle treffen, bei welchen die kommissarische Vernehmung „in" der Hauptverhandlung beschlossen war. Endlich ist die Ansicht des Reichsgerichts geeignet, das durch § 244 geschützte Recht der Prozessbeteiligten auf vollständige Erhebung ihrer Beweise zu schmälern. Ein Angeklagter hält z. B. die Vernehmung eines weit entfernt wohnenden Zeugen für äusserst notwendig. Erfolgt nun die kommissarische Vernehmung, so sieht er von der unmittelbaren Ladung ab, da er es für selbstverständlich hält, dass das Protokoll verlesen wird. Wird nun aber in der Hauptverhandlung die Verlesung abgelehnt, so geht der Angeklagte seines Rechtes auf vollstandige Erhebung seines Beweises verlustig, wenn das Gericht nicht nach dem gemäss § 243 gestellten Antrag auf Ladung des betreffenden Zeugen in die zu verlegende Hauptverhandlung erkennt.

Die vom Reichsgericht gemachte Unterscheidung ist auch um desswillen unbegründet, weil das Gesetz nur von „herbeigeschafften" Beweismitteln spricht und die Thätigkeit, die erforderlich ist, um ein Protokoll zu den Akten zu bringen, die gleiche ist, mag sie nun in Anwendung kommen infolge eines Beschlusses des erkennenden Gerichts oder des Vorsitzenden desselben oder des Voruntersuchungsrichters oder des Voruntersuchungsgerichts. Will nun das Reichsgericht hierin irgend eine Unterscheidung machen, indem dasselbe sagt: Herbeigeschafft ist ein solches Protokoll nur dann,

wenn dasselbe auf Anordnung des Gerichts der Hauptverhandlung herbeigeschafft wird, so macht das Reichsgericht eine Unterscheidung, die vom Gesetze nicht vorgesehen ist; es macht eine Unterscheidung, die gegen den Grundsatz verstösst: Ubi lex non distinguit, nec nobis distinguendum est.

§ 6.

Von der Erhebung einzelner Beweise kann abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte hiermit einverstanden sind.

Da Privat- und Nebenkläger die Rechte des Staatsanwalts haben, so kommen gegebenen Falles auch diese in Betracht. Also kann nur bei Einverständnis aller Prozessbeteiligten von der Erhebung einzelner Beweise abgesehen werden. Es genügt keineswegs, dass derjenige, der das betreffende Beweismittel vorgebracht hat, auf dasselbe verzichtet. Die herbeigeschafften Beweismittel gelten als allen Prozessbeteiligten gemeinschaftlich, so dass auf die Benutzung jedes einzelnen Beweismittels der Gegner des Produzenten das gleiche Recht hat, wie der Letztere selbst [cf. Entscheidung vom 28. Februar 1884[1]): „Auf die Vernehmung eines vom Angeklagten vorgeschlagenen, geladenen und in der Hauptverhandlung erschienenen Zeugen hat auch der Staatsanwalt ein Recht und kann dessen Nichtvernehmung ohne einen von ihm geleisteten Verzicht zum Gegenstand einer Revisionsbeschwerde machen"]. Infolge der durch die Produktion entstandenen Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel muss bei Vorhanden-

[1]) R VI, 160.

sein mehrerer Mitangeklagten jeder derselben den Verzicht leisten und es hat der nicht Verzichtende wegen Unterlassung einer notwendigen Beweiserhebung Grund zur Revision. Diese Regel erleidet nur dann eine Einschränkung, wenn die Umstände, welche der eine Mitangeklagte für sich geltend gemacht und unter Beweis gestellt hat, für die andern Mitangeklagten gar keine Bedeutung besitzen. (cf. Urteil vom 16. Juni 1880[1]), 4. April 1884[2]). Denn in der Befragung der unbeteiligten Mitangeklagten, für welche die Vernehmung der betreffenden Zeugen und Sachverständigen oder die Erhebung der betreffenden Beweismittel ohne Belang ist, würde nur eine Form ohne sachlichen Inhalt und in der Verweigerung der Einwilligung, wenn ihr ohne Weiteres Folge gegeben werden müsste, lediglich eine Verschleppung der Verhandlung sich erblicken lassen, die ausserhalb des Willens des Gesetzes liegt.

In gleichem Sinne führt ein Urteil des Reichsgerichts vom 6. März 1888 aus: „Es ist zwar richtig, dass die in § 244 gedachten Beweismittel gemeinschaftlich sind, dass es also in Ansehung der Notwendigkeit des Verzichts und in Ansehung der gesetzlichen Folgen, welche die Unterlassung ihrer Erhebung ohne vorgängigen Verzicht nach sich zieht, ohne Bedeutung ist, welche der Prozessbeteiligten die Anregung zu ihrer Herbeischaffung geben, oder ob sie von Amtswegen herbeigeschafft wurden. Allein diesen Charakter der Gemeinschaftlichkeit kann das Beweismittel doch nur für diejenigen Prozessbeteiligten annehmen, welche irgend ein Interesse an der Erhebnng desselben haben oder

[1]) R II, 70.
[2]) E X, 300.

haben können. Steht dasselbe zu der einem Mitangeklagten des Beweisführers zur Last gelegten That in keinerlei Beziehung, so versagt in Ansehung desselben der Begriff der Gemeinschaftlichkeit."

Das Gericht ist übrigens an den übereinstimmenden Verzicht der Prozessbeteiligten nicht nur nicht gebunden, es muss vielmehr, bevor ein desfallsiges Einverständnis die Nichterhebung einzelner Beweismittel bewirken kann, zuerst feststehen, dass von Seiten des **„Gerichts"** der Nichterhebung nichts im Wege steht[1]), nachdem es über einen diesbezüglichen Antrag der Parteien in eine selbstständige Prüfung eingetreten ist. Denn nach § 153. 2 R.-Str.-P.-O. hat der Richter die Aufgabe, die materielle Wahrheit festzustellen, unabhängig von den Anträgen der Prozessparteien. Der Richter hat daher, was die Beweisführung betrifft, den Sachverhalt in jeder ihm geeignet erscheinenden Weise aufzuklären.

Es bedarf aber keines Gerichtsbeschlusses dahingehend, dass das Gericht mit dem Verzichte der Parteien nach vorgängiger Prüfung einverstanden ist. Das Gesetz schreibt nicht vor, dass ein solcher Beschluss zu ergehen hat; es ist somit auch keine ausdrückliche Feststellung im Protokoll, dass jene

[1]) Ich sage „des Gerichts", und nicht des „Vorsitzenden", da ich aus dem Sinne des § 244, der das Ermessen des Gerichts bezüglich der Beweisfrage einschränkt, schliesse, dass der ganze Gerichtshof, nicht nur der Vorsitzende der Ansicht sein muss, dass von dem betreffenden Beweismittel abgesehen werden kann. cf. auch Urteil des Reichsgerichts vom 14. November 1892 (Jurist. Wochenschrift, Jahrg. 1893, S. 9): „Trotz des beiderseitigen Einverständnisses — des Staatsanwalts und des Angeklagten — war es unbestreitbar die Pflicht des „Gerichts", seinerseits eine selbstständige Prüfung vorzunehmen."

Prüfung erfolgt sei, geboten. (cf. Urteil vom 12. Februar 1889[1]) und 14. November 1892[2]).

Der Verzicht muss im Protokoll beurkundet und ausserdem „ausdrücklich“ erklärt werden. (cf. Urteil vom 14. Juli 1881[3]) und 28. Februar 1884[4]).

Da der Verzicht ein ausdrücklicher sein muss, so darf derselbe nicht aus dem Schweigen der Prozessbeteiligten geschlossen werden. Wenn daher ein reichsgerichtliches Urteil vom 20. Oktober 1892[5]) sagt: „Die prozessuale, auf Verletzung des § 244 gestützte Revisionsrüge musste für unbegründet erachtet werden, weil der in dem Sitzungsprotokoll befindliche Vermerk: „Nach Anhörung der Staatsanwaltschaft und Befragen des Angeklagten wurde beschlossen, den Zeugen A. nicht zu vernehmen“, keinen Zweifel darüber aufkommen lässt, dass die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte, nachdem sie gehört, bezw. befragt worden waren, mindestens keinen Einspruch gegen die Nichtvernehmung des Zeugen erhoben haben. Das von ihnen an den Tag gelegte Schweigen bei einer Gelegenheit, bei welcher sie vom Gericht aufgefordert waren, sich zu erklären, bezeugte unzweideutig das Einverständnis der Prozessbeteiligten. Es waren sonach die Erfordernisse erfüllt, um auch seitens des Gerichts auf Grund des § 244 R.-Str.-P.-O. von der Vernehmung des Zeugen Abstand zu nehmen“, so muss diesen Ausführungen als unrichtig entgegengetreten werden.[6])

---

[1]) Jurist. Wochenschrift, Jahrg. 1889, S. 223.
[2]) Jurist. Wochenschrift, Jahrg. 1893, S. 9.
[3]) E IV, 398.
[4]) R VI, 160.
[5]) Jurist. Wochenschrift 1892, S. 504.
[6]) cf. Löwe, 8. Aufl., S. 588, Note 6 c, John B III, S. 168 und 169.

Denn das Gericht hat, wenn Zeuge und Sachverständiger geladen und in der Hauptverhandlung erschienen sind, wenn das Beweismittel ein herbeigeschafftes ist, diese sämtlichen Beweise zu erheben. Die Parteien können zwar befragt werden, ob sie mit der Nichterhebung der Beweismittel einverstanden sind, aber eine solche Frage braucht ganz und gar nicht beantwortet zu werden.

Keineswegs darf dann auf Grund des Umstandes, dass die gestellte Frage unbeantwortet blieb, angenommen werden, dass ein Einverständnis mit der Nichterhebung unzweideutig erklärt worden ist. Qui tacet, non consentire videtur. —

Steht dem Angeklagten ein Verteidiger zur Seite, so gilt ein Verzicht, welchen der Verteidiger für den Angeklagten ohne dessen Widerspruch und in dessen Anwesenheit erklärt, als vom Angeklagten genehmigt und ist folglich auch für ihn bindend. (cf. Urteil vom 10. Februar 1880[1]).

Die Tragweite der Erklärung des Verteidigers ergibt sich aus den allgemeinen Prinzipien über Genehmigung und aus den Motiven, welche zu § 239 bis 243 (jetzt §§ 281—285) R.-Str.-P.-O. bemerken, dass die von dem Verteidiger in Gegenwart des Angeklagten abgegebenen Erklärungen als von diesem selbst abgegeben zu gelten haben. Will der Angeklagte eine Erklärung seines Verteidigers als nicht seinem Willen entsprechend, als ihn nicht bindend anfechten, so muss er sein Nichteinverständnis sofort erklären. Das Gesetz hatte insbesondere in demjenigen Abschnitte, welchem § 244 angehört, und welcher das Verfahren in der Hauptverhandlung im Allgemeinen regelt, mithin

[1]) E I, 198.

auch diejenigen Fälle umfasst, in welchen ein Verteidiger nicht zugegen sein muss, keine Veranlassung, jedesmal, wenn es die Anhörung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten vorschreibt, oder deren Einverständnis fordert (vergl. §§ 244, 247), des Verteidigers besonders zu erwähnen. Da nun als Regel anzunehmen ist, dass der Verteidiger besser in der Lage ist, die prozessuale Lage des Angeklagten zu beurteilen und dessen Recht wahrzunehmen als dieser selbst, und da die Motive deutlich ersehen lassen, in welcher Weise der Entwurf das Verhältnis zwischen dem Verteidiger und dem Angeklagten nach dieser Seite aufgefasst hat, so muss auch bezüglich des § 244 Str.-P.-O., obgleich derselbe im Entwurf gefehlt hat, angenommen werden, dass, sofern hier Staatsanwaltschaft und Angeklagter aufgeführt sind, die Identität des Verteidigers mit dem Angeklagten in Bezug auf die daselbst vorgesehene Erklärung nicht hat aufgehoben werden wollen (cf. Entscheidung vom 24. Juni 1884[1]).

Umgekehrt bindet den Verteidiger der Verzicht des Angeklagten, falls der Verteidiger nicht sofort ausdrücklich der Erklärung des Angeklagten widerspricht (cf. Entscheidung vom 7. November 1887[2]). Denn im Strafprozess ist der Verteidiger nicht dominus litis; er hat nur das Recht und die Pflicht, seiner Aufgabe als Verteidiger nachzukommen in der Weise, wie seine Ueberzeugung es ihm vorschreibt. Wenn er zu einem Verzichte des Angeklagten seinerseits stillschweigt, so kann er dies nur unter der Voraussetzung, dass er mit seinem Stillschweigen seiner Verteidigerpflicht zu genügen glaubt; eben desshalb

[1]) R VI, 295.
[2]) E XVI, 376.

liegt in seinem Stillschweigen die Erklärung, dass er dem Verzichte des Angeklagten sich nicht widersetzen will. —

Der einmal erklärte Verzicht ist unwiderruflich. Nimmt im Laufe der Verhandlung der Staatsanwalt oder der Angeklagte das betr. Beweismittel wieder auf, so ist hierin ein neuer Antrag auf Erhebung dieses Beweismittels enthalten und es steht nunmehr nach Massgabe des § 243 Str.-P.-O. dem Gerichte die Prüfung der Erheblichkeit zu. Denn durch den beiderseitigen Verzicht ist das Beweismittel vollständig beseitigt; wird später auf dasselbe wieder Bezug genommen, so kann es nicht mehr als herbeigeschafft im Sinne des § 244 gelten. —

Was von den Beweismitteln gesagt ist, gilt natürlich auch von den Zeugen und Sachverständigen.

Der Verzicht kann sich auf mehrere Zeugen, Sachverständige und Beweismittel zugleich erstrecken, wenn erkennbar ist, welche Zeugen, Sachverständige oder Beweismittel davon getroffen werden sollen (cf. Entscheidung vom 15. Januar 1880[1]). Insbesondere ist die Erklärung der Prozessbeteiligten, dass sie mit der Abstandnahme von einer weiteren Beweiserhebung einverstanden sind, wirksam, auch ohne dass die betreffenden Beweismittel spezialisiert werden. (cf. Entscheidung vom 31. Januar 1888[2]).

[1]) R I, 230.

[2]) Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1888 S. 153.

§ 7.

Wie verhält es sich mit der Beweisaufnahme, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung ein Geständnis ablegt?

Im Falle eines Geständnisses wird im Allgemeinen die Beweisaufnahme möglichst beschränkt werden können. Das Gericht ist selbstverständlich verpflichtet, die Glaubwürdigkeit des Geständnisses zu prüfen. Diese Prüfung kann nun ausschliesslich auf der Grundlage des Geständnisses erfolgen, aber sehr oft wird es nötig werden, andere Beweismittel hiezu in Betracht zu ziehen. Die so erforderliche Beweiserhebung muss dann in der Hauptverhandlung erfolgen; das Gericht darf keineswegs seine Ueberzeugung aus Umständen schöpfen, die ausserhalb der Hauptverhandlung, etwa im Vorverfahren, hervortraten, es darf seine Ueberzeugung nur aus den Ergebnissen der Hauptverhandlung selbst gewinnen. In diesem Sinne sagt ein reichsgerichtliches Urteil vom 16. Januar 1880[1]), bei welchem sich die Revision auf die im angegriffenen Urteil enthaltene Ausführung stützte, dass der Richter seine Feststellung auf des Angeklagten, mit „den anderweit ermittelten Umständen übereinstimmendes und daher glaubhaftes Geständnis" gegründet habe, während aus dem Protokoll ersichtlich war, dass in der mündlichen Verhandlung lediglich die Vernehmung des Angeklagten erfolgt, ein weiterer Beweis aber nicht erhoben war: „Wenn das Gericht neben dem Geständnisse noch andere Umstände bedurfte, um sich eine Ueberzeugung zu bilden, so hatte es diese Umstände in den Gründen anzuführen (§ 266 Str.-P.-O.)

[1]) E I, 81.

und konnte die thatsächliche Unterlage solcher Umstände nur aus der Hauptverhandlung entnehmen, also auf das Ergebnis einer im mündlichen Verfahren erfolgten Beweiserhebung gründen. In der vorliegenden Hauptverhandlung hat indessen ausser der Vernehmung des Angeklagten eine Beweisaufnahme nicht stattgefunden. Gemäss § 260 Str.-P.-O. darf das Gericht seine Ueberzeugung nicht beliebig aus dem Vorverfahren oder aus den Gerichtsakten schöpfen, sondern ist an die Ergebnisse der Hauptverhandlung gebunden."

Es ist natürlich Sache des Gerichts, festzustellen, ob das Urteil auf das Geständnis allein gestützt werden kann oder ob das Geständnis für nicht glaubhaft und deshalb eine Beweisaufnahme für erforderlich zu erachten ist.

Im Schwurgerichtsverfahren, in dem ja die Geschworenen gar kein Recht auf die Bestimmung des Umfanges der Beweisaufnahme haben, wird das Gericht im Falle eines Geständnisses die Beweisaufnahme immer ausdehnen müssen, bis nach seiner Ansicht die Geschworenen sich ein Urteil über die Schuld des Angeklagten gebildet haben können.

Unter allen Umständen ist aber daran festzuhalten, dass die Beweisaufnahme nur dann geschlossen werden kann, wenn die Prozessparteien mit der Nichterhebung der zur Stelle befindlichen Beweise einverstanden sind.

§ 8.

Findet § 244 Anwendung, wenn auf Grund einer Vorfrage das Verfahren ohne Eingehen in den Schuldbeweis beendet werden kann?[1])

In der Strafprozessordnung suchen wir vergebens nach Bestimmungen darüber, wie in der Hauptverhandlung hervortretende Vorfragen zu behandeln sind; sie gibt uns keinen Aufschluss darüber, ob für den Fall, dass wegen eines der Strafklage, hier also der Verurteilung, entgegenstehenden Hindernisses die Einstellung des Verfahrens oder die Unzulässigkeit der Strafverfolgung auszusprechen ist, nach Feststellung dieses Hindernisses ohne Eingehen auf die Schuldfrage selbst zur Entscheidung geschritten werden darf oder ob vor dieser die Hauptverhandlung, insbesondere die Beweisaufnahme, durchgeführt werden muss.

Wie stellt sich nun das Reichsgericht zu der beregten Frage?

Ein Urteil vom 13. November 1888[2]) führt aus:

„Auch in dem Falle darf von Erhebung herbeigeschaffter Beweismittel oder Vernehmung geladener Zeugen nur mit Genehmigung der Prozessparteien Umgang genommen werden, wenn auf Grund einer Vorfrage, wie des fehlenden Strafantrags, das Verfahren ohne Eingehen in den Schuldbeweis beendet werden kann. Man darf nicht einwenden, dass der § 244 Str.-P.-O. keine Anwendung finden könne, weil von dem Augenblicke ab, in welchem das Fehlen der objektiven, zur Strafverfolgung des Angeklagten erforderlichen Vorbedingung konstatiert worden, jede

---

[1]) cf. Löwe, 8. Aufl., § 259, Note 8 a, John B. III., S. 147.
[2]) R X, 649.

Verhandlung und jeder Beweisaufnahmeakt als ein Teil der Strafverfolgung unzulässig und deshalb ausgeschlossen sei. Denn der Zeitpunkt, zu welchem die Konstatierung jenes Mangels, also des Fehlens des Strafantrags oder der Notwendigkeit desselben zur Strafverfolgung, überhaupt erst möglich ist, setzt eine vollständige und eingehende Feststellung der That selbst und eine Prüfung derselben nach allen rechtlichen Gesichtspunkten, nicht blos nach dem des Eröffnungsbeschlusses voraus. Diese Voraussetzung ist nur gegeben, sobald dem Gerichte die Ergebnisse einer den gesetzlichen Vorschriften entsprechenden Hauptverhandlung zur Prüfung und Würdigung unterbreitet gewesen sind. Ueberdies aber enthält das Gesetz irgend eine Vorschrift nicht, durch welche der erkennende Richter ermächtigt wird, von den für die Hauptverhandlung gegebenen Fragen abzuweichen, wenn nach seiner Annahme der Strafverfolgung ein prozessuales Hindernis entgegensteht. [cf. auch Entscheidung vom 12. Jan. 1888[1]): „Das Gericht ist bei Antragsdelikten, auf Verlangen des Staatsanwalts verpflichtet, die Verhandlung fortzuführen, selbst wenn bei Beginn derselben der Berechtigte seinen Strafantrag in zulässiger Weise zurücknimmt".]

Auf einem andern Standpunkt steht das Urteil vom 12. Juli 1880[2]): „Die §§ 244, 257, 289 R.-Str.-P.-O. regeln nur das Verfahren, welches die That selbst zum Gegenstand hat, nicht aber beziehen sich dieselben auf ein Verfahren, durch welches zunächst nur festgestellt werden soll, ob es überhaupt ver-

[1]) R. X, 32.
[2]) E. II, 221.

anlasst sei, die That selbst zur Verhandlung zu bringen. Es wird auch von der Str.-P.-O. nirgends vorgeschrieben, dass die Entscheidung einer derartigen Vorfrage nur nach stattgefundenem Verfahren in der Sache selbst ergehen könne, wie aber auch andrerseits besondere Normen für die prozessuale Behandlung solcher Vorfragen nicht erteilt worden sind."

Eine vermittelnde Stellung nimmt das Urteil vom 11. Dezember 1888[1]) ein, indem es nur bedingungsweise die Erhebung der zur Stelle befindlichen Beweise verlangt. „Die Nichtvernehmung geladener Zeugen ohne Verzicht der Parteien zieht nicht notwendig die Aufhebung des Urteils nach sich. Dies ist jedoch der Fall, sobald die Möglichkeit besteht, dass die Vernehmung der Zeugen eine andere Beurteilung bewirkt haben würde."

Es wäre zweckmässig gewesen, über die hier erörterte Frage ausdrückliche Bestimmungen in der St.-P.-O. zu treffen, da ein durchgreifendes Princip kaum aufzustellen sein möchte.

Im Allgemeinen wird man Folgendes wohl als richtig betrachten können: § 244 Abs. 1 ist anzuwenden, insoweit als ein Bedürfnis besteht, die zur Entscheidung der Vorfrage erforderlichen Thatsachen zu beweisen und etwaige Zweifel hierüber zu heben. Abgesehen hievon kann sofort die der Anklage zu Grunde liegende That abgeurteilt werden. Denn es würde unverkennbar zu einem grossen Formalismus führen, wenn das Gericht unter allen Umständen zu einer langen Beweisaufnahme gezwungen wäre, obwohl diese voraussichtlich ohne Belang sein würde.

---

[1]) R. X, 718.

§ 9.

2. Absatz des § 244 R.-Str.-P.-O.

Nach einer ohne jeden Widerspruch gebliebenen Aeusserung des Regierungskommissärs Hanauer, gelegentlich der 2. Beratung im Plenum[1]) wäre anzunehmen, dass auch dem Schöffengerichte die Bestimmung des Umfanges der Beweisaufnahme entzogen sei, wenn Vergehen zur Verhandlung stehen, die nicht mit Privatklage verfolgt werden. Er sagte nämlich: „Ihre Kommission hat in der letzten Lesung der Anschauung des Bundesrats teilweise nachgegeben, indem sie nunmehr nachgelassen hat im Absatz 2, dass in den Verhandlungen vor den Schöffengerichten und in der betreffenden 2. Instanz das Gericht den Umfang der Beweisaufnahme nach seinem Ermessen bestimmen dürfe, wenn die Verhandlung eine Uebertretung betrifft oder das Privatklageverfahren stattfindet, so dass also die obligatorische Bestimmung der Erhebung aller vorhandenen Beweismittel, auch wenn sie nach Ansicht des Gerichts unerheblich erscheinen, Platz greift, auch in Schöffensachen 1. und 2. Instanz, wenn andere Reate, also Vergehen, die nicht mit Privatklage verfolgt werden, Gegenstand der Verhandlung sind. Nur bei Uebertretungen und Privatklagesachen soll eine Ausnahme stattfinden."

Diese Anschauung ist jedoch durch den Wortlaut des Gesetzes widerlegt. Absatz 2 bezieht sich auf alle Verhandlungen vor dem Schöffengerichte; es kommt nur darauf an, dass die Sache vor demselben verhandelt wird und es ist gleichgültig, ob die Sache an sich zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehört oder an dieselben überwiesen ist, ob

[1]) Hahn, Materialien zur Str.-P.-O., B. II, S. 1879.

sie auf öffentliche Klage oder auf Privatklage hin anhängig gemacht wurde, ob sie ein Vergehen oder eine Uebertretung betrifft. — In der Berufungsinstanz dagegen gilt Abs 2. nur in Uebertretungs- und Privatklagesachen. Betrifft die Verhandlung in der Berufungsinstanz ein im Wege der öffentlichen Klage verfolgtes Vergehen, so greift Abs. 1 wieder Platz.

Abs. 2 gibt dem Gerichte die Befugnis, nach Massgabe des § 243 Str.-P.-O. über die Erheblichkeit aller Beweise, gleichviel ob diese herbeigeschafft sind oder nicht, zu entscheiden und Beweise aller Art abzuschneiden. Dies gilt gegen den Staatsanwalt ebenso gut wie gegen andere Prozessparteien.

§ 10. Schluss.

So enthält jetzt § 244 zwei grundverschiedene Systeme über den Umfang der Beweiserhebung. Das eine will die Ermittelung der materiellen Wahrheit dadurch sichern, dass alle vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen vernommen, alle herbeigeschafften Beweismittel erhoben werden müssen; das andere glaubt diese Ermittelung besser dadurch zu fördern, dass es die Bestimmung des Umfanges der Beweisaufnahme ganz dem richterlichen Ermessen überlässt.

Die Bestimmung des Absatzes 1 enthält unzweifelhaft eine grosse Verschleppungsgefahr und würde, wenn sie extensiv interpretiert worden wäre, oft zu grossen Unzuträglichkeiten führen. Theorie und Praxis haben sich aber übereinstimmend bemüht, einem Missbrauch des Gesetzes vorzubeugen, und es ist dies auch im Wesentlichen gelungen. Zum Mindesten ist eine chikanöse Vereitelung der Hauptverhandlung unmöglich gemacht und auch einer allzu

übertriebenen Beweisaufnahme kann, wenn auch nicht überall, so doch vielfach mit Erfolg begegnet werden.

Demgegenüber ist aber auch in Betracht zu ziehen, dass dem vor der Strafkammer stehenden Angeklagten das Rechtsmittel der Berufung nicht gewährt ist, dass mit Rücksicht hierauf es als notwendig zu erachten ist, ihm eine ausreichende Gewähr dafür zu bieten, dass die von ihm produzierten Beweise möglichst vollständig erhoben werden, wie es im Vergleich hiezu auch angemessen erscheint, dass der Staatsanwalt gegen die Ansicht des Gerichts seinen Beweis durchzuführen vermag.